

# A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA E A IMPOSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR *EX OFFICIO*

*PRELIMINARY DETENTION IN FLAGRANTE DELICTO AND ITS FURTHERING BY MEANS OF PREVENTIVE DETENTION: THE IMPOSSIBILITY OF SUCH DETENTION WITHOUT A FORMAL REQUEST*

**Camila de Luar Fausto de Sá**

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNIFACID Wyden. Assessora de Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Ademar Rosado – FAR.  
cdebruar@gmail.com

**Como citar este artigo:**

SÁ, Camila de L. F. de. A conversão da prisão em flagrante em preventiva e a impossibilidade da decretação da prisão cautelar *ex officio*. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 339 - 358.

Recebido em: 31/3/2021 | Aprovado em: 2/8/2022

**Resumo:** O presente artigo tem como escopo fomentar o debate no âmbito do Grupo de Estudos e Pesquisa “Ciências Criminais em Debate”, realizado pelo Ministério Público do Estado do Piauí, diante da atualização legislativa, precisamente por ocasião da Lei nº 13.964/2019, intitulada de Pacote Anticrime. De certo, uma das mudanças significativas foi a alteração do artigo 311 do Código de Processo Penal, o qual teve a supressão da expressão “de ofício” de sua redação. Nesse aspecto, a atuação do magistrado foi modificada, posto que, atualmente, a este é vedado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, sem prévio requerimento do Ministério Público, do querelante e do assistente, ou representação da autoridade policial. Há que se destacar, ainda, a atuação ministerial e da autoridade policial acerca da decretação da prisão preventiva, vez que o papel do magistrado se restringiu a deferir ou não a conversão daquela

prisão. Analisando o tema, verificou-se que a doutrina majoritária possui semelhante entendimento, bem assim o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que, recentemente, manifestaram-se no sentido de negar ao Juiz competência para imposição, *ex officio*, da privação cautelar de liberdade individual do indivíduo. Em síntese, com o advento da Lei Anticrime, a regra atual é não admitir a conversão da cautelar, de ofício, pelo magistrado, mas tão somente em casos excepcionais.

**Palavras-chave:** Prisão em flagrante; Prisão preventiva; Prisão cautelar; Impossibilidade de decretação de ofício; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça.

**Abstract:** *This article aims to foster the debate within the Study and Research Group “Criminal Sciences in Debate”, that is carried out by the Public Prosecution Service in the State of Piauí, Brazil, regarding the legislative update brought by Federal Law n. 13.964 of 2019, commonly referred to as “Anti-crime package” (pacote anticrime). One of the most relevant changes that were established by such law is the amendment of Article 311 in the Brazilian Code of Criminal Procedure, where it excluded the expression “ex officio” (de ofício) in its wording. Therefore, this caused a change in the nature of the judges’ power of arrest, as judges are now prohibited to determine preventive detention without a prior request by either the Public Prosecutors’ Office, the plaintiff with its assistant, or even by a legal claim brought by the police authority. It is also important to highlight the expansion of relevance to the actions of both the Prosecutor and Police Authority, since the role of the judge was restricted to merely establishing the detention upon a formal request of such parties in the legal procedure. Analyzing the theme, we found the majority of Brazilian legal doctrine has a similar understanding in the sense that judges can no longer establish a preventive detention without a previous request, while such rationale has been also applied by the Brazilian Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, which recently analyzed the theme. In summary, as the Anticrime Act has been put into effect, the current rule corresponds to the impossibility of preventive detention without a previous request, unless in exceptional circumstances.*

**Keywords:** *Detention in flagrante delicto; Preventive detention; Pre-trial arrest; Impossibility of preventive detention without request; Federal Supreme Court of Brazil; Brazilian Superior Court of Justice.*

**Sumário:** Introdução; 1. O reflexo do sistema acusatório no art. 311 do CPP; 1.1 Da prisão em flagrante e preventiva; 1.2. A introdução do sistema acusatório no CPP; 2. O art. 311 do CPP – uma inovação?; 3. Da atuação da autoridade policial e do órgão ministerial; 4. O posicionamento do STF e do STJ; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

Com o propósito de aumentar a eficácia no combate à corrupção, ao crime violento e ao crime organizado, aperfeiçoando, por conseguinte, a legislação penal e processual penal, em 24 de dezembro de 2019 foi publicada, no Diário Oficial da União, a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Tais propósitos são inclusive consagrados no art. 1º da aludida Lei: “Esta Lei aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”.

Ocorreram muitas alterações no Código Penal (CP) e no Código de Processo Penal (CPP), dentre as quais destaca-se como tema do presente artigo a alteração do artigo 311 do CPP, que teve a expressão “de ofício” retirada de sua redação, atualmente assim disposto: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

Essa mudança abriu margem para ampla discussão na doutrina, que indicava o entendimento no sentido de que a interpretação legislativa vedava ao magistrado a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, de ofício, sem o prévio requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Nesse sentido, embora o Código Penal tenha aumentado a pena de muitos de seus crimes, entende-se que a prisão não é a regra, mas exceção, sendo a liberdade do indivíduo, inclusive, um princípio reitor do processo penal. Assim, para assegurar a efetividade do Estado e a proteção da sociedade, existe a prisão cautelar (ou provisória), que pode decorrer do flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal).

Essa modalidade de prisão cautelar – que se subdivide em flagrante (ou pré-cautelar, para parte da doutrina), preventiva e temporária – é assim denominada pois, nas palavras de Aury Lopes

Júnior<sup>1</sup>, busca “garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo.”

Ocorre que, por força da concessão de Liminar nas Medidas Cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, pelo Ministro Luiz Fux, no dia 22 de janeiro de 2020, institutos e avanços importantíssimos para o processo penal tiveram sua eficácia suspensa, sem prazo, a exemplo do sistema acusatório (art. 3º-A), que possui direta ligação com o art. 311 do CPP, posto que requer do magistrado sua total imparcialidade quanto ao procedimento da conversão do flagrante em preventiva. Portanto, mediante tal cenário fático legislativo, questiona-se: como restou a “conversão” da prisão em flagrante em prisão preventiva?

Embora a demanda esteja suspensa até ulterior análise pelo pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), o objetivo deste estudo perfaz-se em uma breve análise das decisões que levaram ao atual posicionamento dos Tribunais Superiores quanto ao tema e que, além de ser um entendimento majoritário na doutrina, foi, também, decidido pelo próprio STF e acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Para tanto, a metodologia consistirá essencialmente em pesquisa explicativa e bibliográfica, por meio da análise e interpretação da legislação, tendo por base a doutrina e jurisprudência atualizada, da qual se extraem as balizas para o efetivo exercício de um sistema processual penal brasileiro de perfil democrático.

## 1. O REFLEXO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO ART. 311 DO CPP

### 1.1. Da prisão em flagrante e preventiva

Para nortear o leitor acerca do tema do presente artigo, imperioso conceituar as prisões em flagrante e preventiva. *A priori*, tratam-se de prisões cautelares, que, nas lições de Renato Brasileiro de Lima<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 906.

<sup>2</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Sal-

são uma espécie de prisão “decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal”.

Sobre o flagrante, Eugênio Pacelli<sup>3</sup> leciona:

Embora por flagrante se deva entender a relação de imediatidade entre o fato ou evento e sua captação ou conhecimento pelo homem, o art. 302 contempla também situações em que não é mais possível falar-se em ardência, crepitação ou flagrância, expressões normalmente utilizadas na doutrina a partir da expressão latina *flagrare*.

A Carta Magna de 1988, ao consagrar a prisão em flagrante o *status* constitucional de prisão cautelar, manteve a possibilidade da sua existência, impondo, entretanto, limites a esse modelo de prisão, de modo que aplicá-la de forma indiscriminada violaria direitos e princípios constitucionais de alta relevância, podendo incorrer em abuso de autoridade e ilegalidade da prisão.

Fernando Capez<sup>4</sup> analisa como uma “medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção”.

Já a prisão preventiva tem como prerrogativa garantir o pleno desenvolvimento e futuro provimento da jurisdição e busca “impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo”<sup>5</sup>.

Poderá ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, até mesmo após a sentença condenatória recorrível ou na fase recursal, em caso de real necessidade, com fundamento na garantia da

---

vador: JusPodivm, 2020, p. 974.

3 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <[http://www.assindelp.org.br/files/conteudo\\_arquivo/12025/curso-de-processo-penal---euge77onio-pacelli---2017-1.pdf](http://www.assindelp.org.br/files/conteudo_arquivo/12025/curso-de-processo-penal---euge77onio-pacelli---2017-1.pdf)>. Acesso em: 8 nov. 2020.

4 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

5 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <[http://www.assindelp.org.br/files/conteudo\\_arquivo/12025/curso-de-processo-penal---euge77onio-pacelli---2017-1.pdf](http://www.assindelp.org.br/files/conteudo_arquivo/12025/curso-de-processo-penal---euge77onio-pacelli---2017-1.pdf)>. Acesso em: 08 nov. 2020.

aplicação da lei penal. Contudo, como já mencionado, somente será decretada por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, por meio de prévio requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da Autoridade Policial.

## 1.2. A introdução do sistema acusatório no CPP

É notório que a novel Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) introduziu no Código de Processo Penal brasileiro o sistema acusatório, consagrado em seu art. 3º-A, que fomentou mudanças consideráveis e de suma importância para a prática forense penal, veja-se: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Embora o citado dispositivo atualmente esteja com eficácia suspensa, já são notórias as consequências dessa edição legislativa, especialmente no tocante ao assunto do presente artigo: a impossibilidade jurídica de o magistrado converter, de ofício, a prisão preventiva de qualquer pessoa submetida aos atos de persecução criminal (inquérito policial, procedimento de investigação criminal ou processo judicial).

Uma das características do sistema acusatório é a imparcialidade do juiz, sendo este alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova. Nesse sentido, afirma Aury Lopes Júnior<sup>6</sup>:

Significa dizer que a configuração do “sistema processual” deve atentar para a garantia da “imparcialidade do julgador”, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Em última análise, é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se

6 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 58-59.

efetivo. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.

Dessa forma, entende-se que a alteração do art. 311 do CPP, que suprimiu a expressão “de ofício”, trata-se de um reflexo da consagração desse sistema, visto que o aludido artigo encontra-se vigente. Nas palavras do professor Renato Brasileiro<sup>7</sup>:

Acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I), o sistema acusatório determina que a relação processual somente pode ter início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*). Destarte, deve o juiz se abster de promover atos de ofício, seja durante a fase investigatória, seja durante a fase processual. Afinal, graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado se se admitisse que este pudesse decretar uma medida cautelar de natureza pessoal de ofício, sem provocação da parte ou do órgão com atribuições assim definidas em lei.

Antes do Pacote Anticrime, a jurisprudência e os próprios Tribunais entendiam que o magistrado, após receber o auto de prisão em flagrante, poderia, *ex officio*, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. A referida conclusão baseava-se na redação do art. 310, inciso II, do CPP:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

(...)

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

O artigo supradito confere ideal situação jurídica à prisão em flagrante, classificando-a como uma prisão cautelar com fundamento disposto na Constituição Federal (art. 5<sup>a</sup>, inciso LXI), e impõe ao juiz fundamentá-la com base nos requisitos da prisão preventiva.

<sup>7</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 946-947.

Contudo a interpretação do art. 310 deve ser feita à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, todos do CPP, quando o juízo poderá converter a prisão em flagrante em preventiva tão somente quando houver requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente de acusação ou representação da autoridade policial, isso em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

Nesse sentido, ratifica Renato Brasileiro<sup>8</sup>:

De acordo com a nova redação do art. 310, II, do CPP, verificada a legalidade da prisão em flagrante, o juiz poderá fundamentadamente converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, hipótese em que deverá ser expedido um mandado de prisão. Para tanto, é indispensável que seja provocado nesse sentido, pois jamais poderá fazê-lo de ofício, sob pena de violação aos arts. 3º-A, 282, §§2º e 4º, e 311, todos do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19.

Portanto, antes da Lei nº 13.964/2019 e considerando a antiga redação do § 2º do art. 282 do CPP, na fase do inquérito policial, ao juiz não era facultado conceder medidas cautelares de ofício, ante a indispensabilidade de pedido ou requerimento. A exceção ocorria

8 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1052.



quando da conversão do flagrante em prisão preventiva. Todavia, na fase judicial, era cabível, tal qual expressava o citado artigo.

Sobre o assunto, a doutrina majoritária entende que a possibilidade de decretação de qualquer prisão *ex officio* estaria superada com o advento da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), haja vista a nova redação do § 2º do art. 282 do CPP.

## 2. O ART. 311 DO CPP – UMA INOVAÇÃO?

A princípio, necessário relembrar que, antes mesmo do Pacote Anticrime, a Lei nº 12.403/2011 vedava ao magistrado decretar a prisão preventiva de ofício apenas durante a fase investigatória.

Pode-se dizer que a Lei de 2011 era contraditória ao proibir a decretação da prisão preventiva de ofício, quando da fase investigatória, mas a permitia durante a instrução e, ao mesmo tempo, determinava que o juiz convertesse a prisão em flagrante em preventiva. Esse foi o entendimento que alguns operadores do direito trouxeram à tona quando da inovação legislativa do Pacote Anticrime.

Mesmo assim, Guilherme de Souza Nucci<sup>9</sup> concluiu não haver nenhuma alteração no cenário da conversão do flagrante em preventiva. Nas palavras do autor e magistrado:

O indiciado está preso legalmente, porque a CF autoriza, em face do flagrante; o magistrado analisa essa medida cautelar (ou pré-cautelar, como alguns preferem, o que tanto faz para esse fim) e conclui ser indispensável manter a segregação cautelar (note-se: manter o que já existe e não inovar, retirando o sujeito da liberdade e colocando-o na prisão de ofício), porque presentes os seus requisitos (toda prisão-cautela, hoje, precisa ser baseada nos requisitos do art. 312 do CPP). Em suma, o magistrado nada mais faz do que manter a prisão em flagrante convertendo-a em preventiva (comutar, permutar, trocar uma coisa por outra), mas não significa inovar (realizar algo novo ou inédito). (...) Essa lei simplesmente vedou a decretação da preventiva, sem

9 JUSBRASIL. **Conversão de flagrante em preventiva e decretação de prisão cautelar de ofício**. Julho de 2020. Disponível em: <[https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/875328911/conversao-de-flagrante-em-preventiva-e-decretacao-de-prisao-cautelar-deoficioutm\\_campaign=newsletterdaily\\_20200716\\_10318&utm\\_medium=email&utm\\_source=newsletter](https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/875328911/conversao-de-flagrante-em-preventiva-e-decretacao-de-prisao-cautelar-deoficioutm_campaign=newsletterdaily_20200716_10318&utm_medium=email&utm_source=newsletter)> Acesso em: 8 nov. 2020.

requerimento da parte interessada, durante a instrução. Nada mais. Creio nem ser preciso lembrar que a conversão do flagrante em preventiva ocorre durante da fase pré-processual.

Como já mencionado, houve a supressão da expressão “de ofício” do art. 311 do CPP, quando da decretação da prisão preventiva pelo juiz. Tem-se, portanto, o entendimento de que a atualização legislativa garantiu a impossibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado em qualquer fase da persecução criminal. Dessa forma, recebido o auto de prisão em flagrante, segundo o disposto no art. 310 do CPP, o juiz pode relaxar a prisão em flagrante, se considerada ilegal; converter a prisão em preventiva, se presentes os requisitos do art. 312 do CPP (se não forem cabíveis medidas cautelares diversas da prisão); ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Tomadas as devidas providências mencionadas, acredita-se, também, que não houve nenhuma inovação no que atine a uma possível decretação da prisão de ofício. A conversão em si não traz consigo nenhuma inovação, isso porque trata-se de uma prisão cautelar para outra prisão cautelar, que ocorre na fase pré-processual, e o que o Pacote Anticrime abrangeu foi a vedação da prisão preventiva de ofício pelo juiz durante a instrução.

### **3. DA ATUAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL E DO ÓRGÃO MINISTERIAL**

O Delegado de Polícia possui relevante função social no ordenamento brasileiro jurídico, pois, por vezes, é o primeiro a garantir da legalidade e da justiça, como afirmou o Ministro aposentado Celso de Mello, no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 84.548/SP<sup>10</sup>.

Importante a análise do Delegado de Polícia no âmbito do preenchimento dos requisitos legais para a prisão preventiva e sua Representação, pois pode ocorrer de o responsável pela prática do crime ter a possibilidade de ser solto no momento de sua conversão,

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84548 SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. Data do Julgamento: 04/03/2015. DJe: 10/04/2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>> Acesso em: 8 nov. 2020.

tendo em vista que a Audiência de Custódia nem sempre ocorre no devido prazo legal ou que, em determinadas situações, o membro do Ministério Público possa estar presente, haja ou não motivo justificado.

Nesse sentido, Guilherme Nucci<sup>11</sup> e Renato Brasileiro<sup>12</sup>, respectivamente, lecionam:

É o modo pelo qual essa autoridade faz ver ao juiz a necessidade de realização de alguma diligência ou de decretação de alguma medida indispensável, no interesse da investigação criminal, sem que, com isso, adquira o direito de questionar, depois, a decisão tomada pela autoridade judiciária. Assim, caso seja desacolhida a proposta, nada resta ao delegado fazer.

A despeito dessa posição de parte da doutrina, é dominante o entendimento, sobretudo na jurisprudência, no sentido de que o Delegado de Polícia pode representar pela decretação de qualquer medida cautelar na fase investigatória, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, o qual deverá se manifestar, sem caráter vinculante, porém, previamente à decisão judicial. Raciocínio semelhante a este, aliás, já é feito pelos Tribunais quando se discute a legitimidade da Polícia para conduzir e firmar acordos de colaboração premiada.

O Ministério Público, titular da ação penal pública e fiscal da lei (art. 129, inciso I, da CF e art. 25, inciso II, da Lei Orgânica do Ministério Público), por sua vez, detém importante papel quando da decretação da prisão preventiva. É o *Parquet* a parte legítima acusatória que, ao verificar a inviabilidade de manter o réu solto, requer ao magistrado a conversão da prisão cautelar.

O órgão ministerial, ao receber a comunicação da prisão em flagrante, conforme dispõe o *caput* do art. 306 do CPP, poderá requerer ao juiz as medidas que entender adequadas, independentemente de vista promovida pelo julgador, conforme destaca Renato Brasileiro<sup>13</sup>:

De acordo com o art. 129, inciso I, da Constituição Federal, o Ministério Público é o titular da ação penal

11 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1.145.

12 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 950.

13 *Ibid.*, p. 949.

pública. Essa titularidade também diz respeito a todas as demais medidas de natureza cautelar. Com efeito, devido ao caráter instrumental das medidas cautelares em relação à ação principal, devem elas ser pleiteadas pelo próprio titular da ação de acordo com a estratégia processual considerada eficiente e adequada para viabilizar a ação principal. Assim, a nosso ver, só pode se admitir o manejo das medidas cautelares por parte daquele que esteja na legítima condição de parte para o processo principal.

Logo, visto como a autoridade que detém legitimidade de postular medida cautelar para fins de instrumentalizar futura ação penal pública, o Ministério Público deve analisar se o perigo gerado pelo *status libertatis* do indivíduo é real ou não, com suporte probatório e fático suficientes para legitimar o requerimento de tal medida.

#### 4. O POSICIONAMENTO DO STF E DO STJ

Logo após a edição do Pacote Anticrime, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) prolatou decisões admitindo ao magistrado a possibilidade da conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva. Em 5 de maio de 2020, no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* nº 120.281/RO, a Quinta Turma<sup>14</sup> assim se manifestou:

O Juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá, quando presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no artigo 310, II, do mesmo Código, não havendo falar em nulidade.

Após o julgado citado, em 15 de setembro de 2020, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou a controvérsia no *Habeas Corpus* nº 583.995/MG, chegando a diferenciar a prisão preventiva, que é oriunda de decisão judicial sem a existência de conversão de prisão em flagrante, da decisão judicial que advém dessa conversão.

<sup>14</sup> JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 120281 RO 2019/0335613-5**. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Data do Julgamento: 05/05/2020. DJe: 15/05/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855173942/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-120281-ro-2019-0335613-5>> Acesso em: 8 nov. 2020.

Nessa decisão, o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz afirmou ainda não ser possível o juiz decretar, *ex officio*, a prisão em preventiva se essa não decorrer da conversão do flagrante. Todavia admitiu ser possível a decretação, independentemente de provocação ministerial ou da autoridade policial, em situações de conversão da prisão em flagrante em preventiva. Frisaram-se alguns trechos da decisão do Ministro Schietti<sup>15</sup>:

É preciso, portanto, considerar que a praxe judiciária não tem acolhido dogmas ou princípios de modo absoluto. As idiosincrasias de nosso país e do sistema de justiça criminal acabam por engendrar soluções sensíveis a argumentos de cunho prático. E não se há de identificar essa postura, necessariamente, como algo negativo, pois cada país precisa construir um complexo normativo que, sem desconsiderar as experiências estrangeiras, seja funcional e adaptado às características de nossa realidade. [...] Logo, destoa das funções do magistrado – mais ainda na fase das investigações –, exercer qualquer atividade que possa caracterizar um reforço à atividade investigatória estatal, ou um interesse particular em obter provas que possam servir ao titular da ação penal para provocar a jurisdição. Daí a pertinência do novel art. 3º-A do CPP (com vigência suspensa, todavia), ao dispor que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. [...] Há de se pontuar, no entanto, a diferença, que em meu entender se mostra visível, entre a decisão judicial que decreta uma prisão preventiva, ou qualquer medida cautelar, pessoal ou probatória, e a que converte, por força de comando legal, a prisão em flagrante em alguma(s) medida(s) cautelar(es), inclusive a prisão preventiva, a mais gravosa entre todas. [...] Não considero, assim, existir propriamente uma atividade oficiosa do juiz nesta hipótese, porque, a rigor, não apenas a lei obriga o ato judicial, mas também, de um certo modo, há o encaminhamento, pela autoridade policial, do auto de prisão em flagrante para sua acurada análise, na expectativa, derivada do dispositivo legal (art. 310 do CPP), que tocará ao juiz, após ouvir o autuado, de

15 JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 583995 MG 2020/0122296-6**. Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Rogério Schietti Cruz. Data do Julgamento: 15/09/2020. DJe: 07/10/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101139424/habeas-corpus-hc-583995-mg-2020-0122296-6/inteiro-teor-1101139453>> Acesso em: 5 ago. 2022.

que adote uma das providências ali previstas, inclusive a de manter o flagrante preso, já agora sob o título da prisão preventiva. [...] Se a audiência de custódia não se realizar, ou se, instalada, o representante do *Parquet* não se fizer presente, poderá o juiz adotar uma das seguintes alternativas: [...] III. Decidir, com as balizas dos art. 282 e 312 do CPP, pela conversão do flagrante em prisão preventiva (ou em alguma das cautelas a ela alternativas), e encaminhar os autos, imediatamente em seguida, ao Ministério Público, promovendo, assim, o contraditório diferido. [...] A alternativa 3 não é, efetivamente, o modelo ideal, mas, diante da anomalia procedimental (constatada ausência da audiência de custódia ou do representante do Ministério Público), atende, minimamente, aos interesses envolvidos (interesses do indivíduo e interesses processuais ou sociais), decidindo, como determina a lei, no prazo legal, acerca de uma das providências indicadas no art. 310 do CPP.

Já em 6 de outubro de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do *Habeas Corpus* nº 188.888, posicionou-se pela impossibilidade de o magistrado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. O aposentado Ministro Celso de Mello<sup>16</sup> expôs:

Impossibilidade, de outro lado, da decretação “*ex officio*” de prisão preventiva em qualquer situação (em juízo ou no curso de investigação penal), inclusive no contexto de audiência de custódia (ou de apresentação), sem que se registre, mesmo na hipótese da conversão a que se refere o art. 310, II, do CPP, prévia, necessária e indispensável provocação do Ministério Público ou da autoridade policial. Recente inovação legislativa introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”), que alterou os arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311 do Código de Processo Penal, suprimindo ao magistrado a possibilidade de ordenar, “*sponte sua*”, a imposição de prisão preventiva. Não realização, no caso, da audiência de custódia (ou de apresentação). Conversão, de ofício, mesmo assim, da prisão preventiva. Impossibilidade de tal ato, seja em face da ilegalidade dessa decisão, seja, ainda, em razão de ofensa a um direito básico – o de realização da audiência de custódia – assegurado

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 188888 MG 0098645-73.2020.1.00.0000**. Rel. Min. Celso de Mello. Data do Julgamento: 06/10/2020. DJe: 15/12/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754666552>> Acesso em: 5 ago. 2022.

a qualquer pessoa pelo ordenamento doméstico e por convenções internacionais de direitos humanos. [...] A Lei nº 13.964/19, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”, não mais sendo lícito, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “*ex officio*” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade.

Seguindo o entendimento do STF, em 20 de outubro de 2020, a Quinta Turma do STJ julgou o *Habeas Corpus* nº 590.039/GO, modificando seu entendimento anterior, e definiu, por fim, que o magistrado não pode decretar, *ex officio*, a prisão preventiva decorrente da conversão da prisão em flagrante, pois isso violaria a efetivação do sistema penal acusatório.

Em 29 de outubro de 2020, o Ministro Edson Fachin<sup>17</sup> concedeu *Habeas Corpus* em favor de um homem que teve a sua prisão em flagrante convertida em preventiva pelo juiz, sem que tenha havido pedido do Ministério Público ou da autoridade policial, e que não foi submetido à Audiência de Custódia, em razão da pandemia de Covid-19. Na decisão, referindo-se à interpretação dos artigos 282, §§ 2º e 4º, e 311, todos do CPP, o Ministro afirmou que:

[...] esses dispositivos legais, em atenção ao sistema acusatório elegido pela Constituição Federal de 1988, não deixam dúvida quanto à impossibilidade de imposição de medida cautelares pessoais pelo juiz de ofício, seja na fase pré-processual, seja na fase processual.

A Terceira Seção do STJ, em decisão de 24 de fevereiro de 2021, deu provimento ao Recurso em *Habeas Corpus* nº 131.263/GO, invalidando a conversão automática feita pelo Judiciário, após prisão de suspeito em flagrante.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Concedido HC a homem que teve prisão em flagrante convertida em preventiva por iniciativa do juiz**. Novembro de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=454741&tip=UN>> Acesso em: 8 nov. 2020.

Diante de tais decisões, observa-se que tanto a jurisprudência como a doutrina têm se alinhado ao entendimento consubstanciado no artigo 311 do CPP. Em que pese a eficácia suspensa de alguns dispositivos da Lei Anticrime, o sistema acusatório está notadamente sendo um reflexo aos demais dispositivos do CPP.

Não obstante os Tribunais Superiores tenham divergido em um primeiro momento, prevaleceu o entendimento jurisprudencial fundamentado na ideia de que as alterações do Pacote Anticrime denotam a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório, garantindo às partes do processo a total imparcialidade do juiz quanto à decretação da prisão preventiva, pois, sem autorização constitucional e legal para tanto, restou-se impossibilitado de realizá-la de ofício.

Em seguida, observa-se a visibilidade, a autonomia e a indispensabilidade garantida ao Ministério Público e da Autoridade Policial para se apresentar em Juízo e requerer a decretação da prisão preventiva do agente, verificada a imprescindibilidade da privação da liberdade do réu ou em caso de imposição de medida cautelar diversa da segregação pessoal.

Entende-se que tal autonomia requer especial atenção do Ministério Público e da Autoridade Policial, pois confere a estes a obrigação de se estruturarem de modo a atender aos novos deveres impostos, devendo indicar, em tempo hábil e de forma precisa, os elementos concretos que justificam o encarceramento preventivo do agente.

Por conseguinte, com a edição do Pacote Anticrime, a hermenêutica do art. 310, inciso II, do CPP deve ser primorosamente realizada em conformidade e em conjunto com os arts. 282, § 2º, e 311, do mesmo Código, o que garante efetivamente todo o exposto mencionado alhures.



## CONCLUSÃO

Ao fim das discussões travadas no Grupo de Estudos e Pesquisa “Ciências Criminais em Debate” do Ministério Público do Piauí, galgou-se o entendimento que, de fato, atualmente o sistema acusatório está presente na legislação processual penal brasileira, embora o art. 3<sup>a</sup>-A do CPP permaneça com eficácia suspensa.

Percebeu-se que as decisões atuais apontam a configuração do sistema acusatório e, em consequência disso, afastam o Estado-juiz da atividade instrutória, garantindo sua imparcialidade e esvaindo o sistema inquisitório que insiste em permear o processo penal brasileiro.

A reforma legislativa advinda do Pacote Anticrime acarretou a imparcialidade do magistrado ao impedi-lo de converter a prisão em flagrante em preventiva de ofício e trouxe à autoridade policial, ao Ministério Público, ao querelante e ao assistente maior visibilidade em suas atuações no momento da análise acerca da privação de liberdade cautelar do indivíduo para requerer a medida.

Destacando ainda a atuação ministerial, concluiu-se que o princípio do *ne procedat iudex ex officio* – característica do sistema acusatório, pois consolida um sistema processual fundado na democracia e na imparcialidade – é, também, fortalecedor do princípio republicano e garante a autonomia constitucional do Ministério Público.

A análise dos julgados apontou que, seja no contexto da Audiência de Custódia ou fora dele, é reconhecida a impossibilidade jurídica de o magistrado decretar, de ofício, a prisão preventiva de uma pessoa submetida a atos de persecução criminal.

Assim, não há mais que se falar na ideia de que impor uma prisão cautelar sem a devida provocação pela autoridade responsável é admissível em razão do poder geral de cautela do magistrado. Em outros termos, não se aplica atualmente apenas exarar uma decisão judicial fundamentada na garantia da ordem pública ou os maus antecedentes para prender preventivamente um indivíduo sem prévio requerimento do Ministério Público enquanto *dominus litis*,

representação da Autoridade Policial ou requerimento do querelante ou do assistente da acusação.

Portanto espera-se que, após tais significativas mudanças na legislação penal brasileira, bem como quando os artigos ainda suspensos passem a vigor dentro do ordenamento jurídico brasileiro, seja o direito penal efetivamente aplicado por seus operadores, a fim de que esse direito possa, conseqüentemente, exercer sua função primordial de proteção aos bens jurídicos essenciais e às finalidades preventivas da sanção penal, tendo como norte a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Concedido HC a homem que teve prisão em flagrante convertida em preventiva por iniciativa do juiz**. Novembro de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=454741&tip=UN>> Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84548 SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. Data do Julgamento: 04/03/2015. DJe: 10/04/2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>> Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 188888 MG**. Rel. Min. Celso de Mello. Data do Julgamento: 06/10/2020. DJe: 15/12/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754666552>> Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 120281 RO 2019/0335613-5**. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Data do Julgamento: 05/05/2020. DJe: 15/05/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855173942/recurso-ordinario-em-habeas-corporum-rhc-120281-ro-2019-0335613-5>> Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 590039 GO 2020/0146013-9**. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Data do Julgamento: 20/10/2020. DJe: 29/10/2020 Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1113818491/habeas-corporum-hc-590039-go-2020-0146013-9/inteiro-teor-1113818544>> Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 583995 MG 2020/0122296-6**. Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz. Data do Julgamento: 15/09/2020. DJe: 07/10/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101139424/habeas-corporum-hc-583995-mg-2020-0122296-6/inteiro-teor-1101139453>> Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pacote anticrime:** a interpretação do STJ no primeiro ano de vigência da nova lei. Janeiro 2021. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/07022021-Pacote-Anticrime-a-interpretacao-do-STJ-no-primeiro-ano-de-vigencia-da-nova-lei.aspx>> Acesso em: 16 jul. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DIZER O DIREITO. **O juiz não pode, de ofício, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva**. Outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2020/10/o-juiz-nao-pode-de-oficio-converter.html>> Acesso em: 8 nov. 2020.

JUSBRASIL. **Conversão de flagrante em preventiva e decretação de prisão cautelar de ofício**. Julho de 2020. Disponível em: <[https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/875328911/conversao-de-flagrante-em-preventiva-e-decretacao-de-prisao-cautelar-de-oficio?utm\\_campaign=newsletter](https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/875328911/conversao-de-flagrante-em-preventiva-e-decretacao-de-prisao-cautelar-de-oficio?utm_campaign=newsletter)>

daily\_20200716\_10318&utm\_medium=email&utm\_source=newsletter> Acesso em: 8 nov. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime – Comentário à Lei 13.964/19 – artigo por artigo**. 1. ed., Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MEU SITE JURÍDICO. **O pacote anticrime acaba por revelar mais ainda a importância do delegado de polícia no ordenamento jurídico, dentro do sistema de persecução penal**. Outubro de 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/10/30/o-pacote-anticrime-acaba-por-revelar-mais-ainda-importancia-delegado-de-policia-no-ordenamento-juridico-dentro-sistema-de-persecucao-penal/>> Acesso em: 8 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <[http://www.assindelp.org.br/files/conteudo\\_arquivo/12025/curso-de-processo-penal---euge770nio-pacelli---2017-1.pdf](http://www.assindelp.org.br/files/conteudo_arquivo/12025/curso-de-processo-penal---euge770nio-pacelli---2017-1.pdf)>. Acesso em: 8 nov. 2020.